



Bau- und Verkehrsdirektion

Reiterstrasse 11
3013 Bern
Telefon +41 31 633 30 11
info.ra.bvd@be.ch
www.bvd.be.ch/ra

BVD 120/2021/71

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 13. Dezember 2021

Das Verwaltungsgericht hat eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde abgewiesen (VGE 2022/8 vom 04.04.2023).

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn C. _____
Beschwerdeführer

vertreten durch Herrn Fürsprecher D. _____

und

Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental, Amthaus, Postfach 61, 3714 Frutigen

Baupolizeibehörde der Gemeinde Adelboden, Bauverwaltung, Zelgstrasse 3, Postfach 193, 3715 Adelboden

betreffend die Verfügung des Regierungsstatthalteramts Frutigen-Niedersimmental vom 1. September 2021 (eBau Nummer 2021-5587 / 71996; Feststellungsverfügung Baubewilligungspflicht; Aufstellen von Liegestühlen, mobile Feuerstelle/Grill, Ausschank Getränke und Abgabe Speisen auf Grünfläche)

I. Sachverhalt

1. Der Beschwerdeführer reichte mit Schreiben vom 12. April 2021 bei der Gemeinde Adelboden ein Gesuch um Erweiterung der für das Restaurant A. _____ auf Parzelle Adelboden Grundbuchblatt Nr. F. _____ bestehenden Betriebsbewilligung ein. Der Beschwerdeführer beabsichtigt das Aufstellen von maximal 40 Liegestühlen mit Ablageflächen/Beistelltischen sowie einer mobilen Feuerstelle auf der Wiese vor der Restaurantterrasse zwischen Juli und Oktober, montags bis sonntags ab 10.00 Uhr bis zum Eindunkeln. Diese Liegestühle sowie die Restaurantterrasse sollen aus einem bestehenden Kiosk mit einem eingeschränkten Angebot bewirtschaftet werden. Der Standort liegt in der Landwirtschaftszone sowie innerhalb der Überbauungsordnung Nr. B. _____ «E. _____» vom 23. August 2013¹ (im Folgenden «ÜO Nr. B. _____»).

¹ Beschlossen durch die Gemeindeversammlung am 30. November 2012, genehmigt durch das AGR am 22. August 2013.

Mit Schreiben vom 7. Juni 2021 ersuchte das Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental das Amt für Gemeinden und Raumordnung (im Folgenden AGR) um eine Stellungnahme betreffend die Frage der Baubewilligungspflicht. Das AGR äusserte sich in seiner Stellungnahme vom 22. Juni 2021 dahingehend, dass das Vorhaben zusätzliche, zonenfremd genutzte Fläche in Anspruch nehme, was eine Ausnahmegewilligung nach Art. 37a RPG² notwendig mache. Eine solche Ausnahmegewilligung nach Art. 24 ff. RPG werde im Baubewilligungsverfahren geprüft, wobei das AGR die im Kanton Bern zuständige kantonale Stelle zum Vollzug der diesbezüglichen bundesrechtlichen Vorgaben sei. Im allfälligen Baugesuch müsse eine planerisch und rechnerisch nachvollziehbare Dokumentation der am 1. Januar 1980 rechtmässig bestehenden, durch den damaligen Gastgewerbebetrieb gewerblich genutzten Fläche vorhanden sein. Nur so könne die relevante Ausgangsgrösse zur Bestimmung des Erweiterungspotentials nach Art. 43 Abs. 2 RPV³ festgelegt werden. Weiter müsse die Dokumentation aller aktuell bestehender, gastgewerblich genutzter Flächen eingereicht werden. Der Entscheid über die Durchführung eines Baubewilligungsverfahrens obliege gestützt auf Art. 48 Abs. 2 Bst. a BewD⁴ dem Regierungsstatthalteramt.

Mit Schreiben vom 29. Juni 2021 wurde dem Beschwerdeführer die Stellungnahme des AGR zugestellt und es wurde ihm Gelegenheit zur Äusserung dazu sowie zum weiteren Vorgehen gegeben.

In seinem Schreiben vom 5. Juli 2021 ging der Beschwerdeführer auf die Stellungnahme des AGR ein, jedoch nicht auf das weitere Vorgehen. Mit Schreiben vom 9. Juli 2021 forderte das Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental den Beschwerdeführer auf, bei der Gemeinde Adelboden ein Baugesuch einzureichen, das Gastgewerbebesuch vom 12. April 2021 zurückzuziehen oder beim Regierungsstatthalteramt eine Feststellungsverfügung über die Baubewilligungspflicht zu beantragen.

Der Beschwerdeführer beantragte mit Schreiben vom 14. Juli 2021 die getrennte Behandlung des ursprünglichen Gesuches sowie eines neuen Gesuches betreffend Bewirtung der Restaurantterrasse aus dem Kiosk ohne das Aufstellen zusätzlicher Liegestühle⁵.

Nach einer Besprechung zwischen dem Beschwerdeführer und dem Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental änderte der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 26. Juli 2021 sein Gesuch ab, indem er die zu bewilligenden Liegenstühle auf 25 reduzierte. Der Beschwerdeführer stellte sich darin weiterhin auf den Standpunkt, für die Inbetriebnahme des Kiosks sowie die Verlagerung der Sitzplätze sei keine Baubewilligung notwendig, da dies der Praxis im Amtsbezirk entspreche.

Mit Verfügung vom 1. September 2021 sistierte das Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental das Gastgewerbebesuch des Beschwerdeführers vom 12. April 2021 und teilte dem Beschwerdeführer mit Feststellungsverfügung mit, dass das geplante Vorhaben einer Baubewilligung bedürfe. Es handle sich um eine Erweiterung der Gewerbefläche ausserhalb der Bauzone, welche einer raumplanerischen Ausnahmegewilligung durchs AGR im koordinierten Verfahren bedürfe.

² Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700).

³ Raumplanungsverordnung des Bundesrats vom 28. Juni 2000 (RPV; SR 700.1).

⁴ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1).

⁵ Verfahren der Vorinstanz eBau 2021-5587 / 71996.

2. Dagegen reichte der Beschwerdeführer am 8. September 2021 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Er beantragt die Aufhebung der Feststellungsverfügung vom 1. September 2021 und die Feststellung, dass das geplante Vorhaben baubewilligungsfrei sei. Eventualiter sei festzustellen, dass das Aufstellen der 25 Liegestühle mit Ablageflächen und der mobilen Feuerstelle mit Ausschank ab der Terrasse des Restaurants A._____ anstatt aus dem Kiosk baubewilligungsfrei sei. Der Beschwerdeführer macht insbesondere geltend, es würden keine baulichen Massnahmen ergriffen und die Veränderung sei gering und nicht von öffentlichem Interesse. Es gebe keine zeitlichen Nutzungsbeschränkungen in den Bewilligungen bezüglich Restaurantterrasse und Kiosk. Zudem sei das Baubewilligungsverfahren aufgrund der zusätzlichen Kosten und der Rechte, welche damit den Nachbarn gewahrt würden, für den Beschwerdeführer nachteilig.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet⁶, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Mit Schreiben vom 20. September 2021 verzichtet das Regierungsstatthalteramt auf das Einreichen einer Vernehmlassungseingabe. Das AGR beantragt mit Stellungnahme vom 4. Oktober 2021 die Abweisung der Beschwerde. Die Gemeinde Adelboden verweist auf die Erwägungen des Regierungsstatthalteramtes Frutigen-Niedersimmental und verzichtet auf einen Antrag.

4. Das Rechtsamt edierte beim Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental die Verfahrensakten der beiden Gastgewerbebewilligungen gggg M._____ sowie gggg N._____. Aus diesen Akten wurden diverse Unterlagen gemäss Auflistung in der Verfügung vom 25. November 2021 zu den Akten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens erkannt. Zudem wurden die Akten des ebenfalls hängigen Beschwerdeverfahrens bezüglich des neuen Gesuchs⁷ beigezogen.

5. Mit Eingabe vom 1. Dezember 2021 wiederholte der Beschwerdeführer seine Argumente bezüglich der bestehenden Baubewilligung von 1989. Weiter wies er darauf hin, dass die in der angepassten Gastgewerbebewilligung erwähnte, nicht mehr in der Gastgewerbebewilligung enthaltene Schneebar nicht die Schirmbar der Nachbarparzelle sei, sondern die vom Vorbesitzer früher geführte Schneebar mit Ausschank aus dem Kioskhäuschen gewesen sei.

6. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

a) Angefochten ist ein Entscheid eines Regierungsstatthalteramtes nach Art. 48 Abs. 2 Bst. a BewD, mit welchem dieses die Baubewilligungspflicht des umstrittenen Vorhabens feststellte. Ein solcher Entscheid unterliegt der Beschwerde nach Art. 49 BauG^{8,9}. Nach dieser Bestimmung können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVD angefochten werden.

⁶ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau- und Verkehrsdirektion (Organisationsverordnung BVD, OrV BVD; BSG 152.221.191).

⁷ Verfahren 120 2021 75, Ausschank aus dem Kiosk zur Bewirtung der Restaurantterrasse.

⁸ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0).

⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 49 N. 2a.

b) Der Beschwerdeführer ist als Adressat der angefochtenen Verfügung durch die Feststellung der Baubewilligungspflicht bezüglich des geplanten Vorhabens unmittelbar betroffen und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf seine form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Ausgangslage und Rechtliches

a) Vorliegend ist umstritten, ob das Aufstellen einer mobilen Grillstelle sowie von 25 Liegestühlen mit Abstellmöglichkeit resp. Beistelltisch auf der Parzelle Adelboden Grundbuchblatt Nr. F._____ zwischen der bestehenden Restaurantterrasse und dem bestehenden Kioskhäuschen und die Bewirtung der Liegestühle aus dem Kioskhäuschen zwischen Juni und Oktober täglich ab 10.00 Uhr baubewilligungspflichtig ist. Unbestritten ist, dass sich das geplante Vorhaben in der Landwirtschaftszone sowie innerhalb der ÜO Nr. B._____ befindet. Als Ausschankraum soll das bestehende, 1982 bewilligte Kioskgebäude dienen. Der Beschwerdeführer verfügt aktuell auf der Parzelle Adelboden Grundbuchblatt Nr. G._____ über zwei gastgewerbliche Betriebsbewilligungen: Eine Bewilligung A (ganzjährig) für das Restaurant A._____ mit zwei Ausschankräumen im Innern und einem Ausschankraum im Freien auf der Terrasse¹⁰ sowie eine Bewilligung A (Dezember bis April von 05.00 Uhr bis 00.30 Uhr des darauffolgenden Tages) für eine Schneebar im Freien ausserhalb der Beschneigungsfläche der ÜO Nr. B._____, angrenzend an die Terrasse mit 25 Stehplätzen (Januar bis April, täglich während des Sesselbahnbetriebs)¹¹.

b) Gemäss Art. 22 Abs. 1 RPG dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Der Begriff der «Bauten und Anlagen» ist ein bundesrechtlicher. Die Kantone können den Kreis der nach dem RPG bewilligungspflichtigen Vorkehren nicht einschränken, sondern höchstens ausdehnen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gelten als bewilligungsbedürftige Bauten und Anlagen «jedenfalls jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in bestimmter fester Beziehung zum Erdboden stehen und die Nutzungsordnung zu beeinflussen vermögen, weil sie entweder den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen».¹² Massstab dafür, ob eine bauliche Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, ist die Frage, ob mit deren Realisierung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht. Das Bundesgericht folgt einer wirkungsbezogenen Betrachtungsweise, wonach es in erster Linie auf qualitative und weniger auf quantitative Aspekte ankommt. Daher können gewisse Vorhaben vor allem wegen ihres Betriebs und weniger wegen ihrer konstruktiven Anlage baubewilligungspflichtig sein. Folgerichtig können auch reine Zweckänderungen (Umnutzungen ohne bauliche Massnahmen) der Baubewilligungspflicht unterstehen. Baubewilligungspflichtig sind auch Fahrnisbauten, welche über einen nicht unerheblichen Zeitraum ortsfest verwendet werden.¹³

Der bernische Gesetzgeber hat die baubewilligungspflichtigen und baubewilligungsfreien Vorhaben gemäss den bundesrechtlichen Vorgaben in den Art. 1a und Art. 1b BauG in genereller Art und Weise definiert und im Baubewilligungsdekret festgelegt, welche geringfügigen Vorhaben keiner Baubewilligung bedürfen. Art. 1a Abs. 2 BauG hält explizit fest, dass grundsätzlich auch Zweckänderungen baubewilligungspflichtig sind, da eine Baubewilligung auch eine

¹⁰ Betriebsbewilligung A vom 9. Juni 2010, gggb 46/2010, vgl. Vorakten eBau 2021-5587 / 71996, pag. 006.

¹¹ Betriebsbewilligung A vom 16. November 2020, gggb 11/2019.

¹² BGE 123 II 256 E. 3.

¹³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 1a N. 10 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

Nutzungsbewilligung ist. Art. 6 Abs. 1 Bst. c BewD sieht gestützt auf Art. 1b Abs. 1 BauG vor, dass das Unterhalten und Ändern – einschliesslich das Umnutzen – von Bauten und Anlagen keiner Bewilligung bedarf, wenn keine bau- oder umweltrechtlich relevanten Tatbestände betroffen sind. Solche Tatbestände sind betroffen, wenn Zonen- oder Abstandsvorschriften oder die Umweltschutzgesetzgebung berührt werden oder wenn es zu einer wesentlichen Mehrbelastung der Erschliessungsanlagen kommt.¹⁴ Nur wenn der neue Verwendungszweck der in der fraglichen Zone zugelassenen Nutzung entspricht, sich die Änderung hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf Umwelt, Erschliessung, Planung etc. als ausgesprochen geringfügig erweist und die Brandsicherheit nicht betroffen ist, ist eine Zweckänderung ohne bauliche Massnahmen nicht bewilligungspflichtig. Sind die Auswirkungen mit der neuen Nutzung intensiver als bisher, ist von einer Baubewilligungspflicht auszugehen.¹⁵ Auch Änderungen des Betriebskonzepts¹⁶ oder Änderungen von einer zonenwidrigen zu einer anderen zonenwidrigen Nutzung¹⁷ sind baubewilligungspflichtig.

Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. o BewD bedarf das Aufstellen einer kleinen Fahrnisbaute wie eine Verpflegungs- und Verkaufsstätte, eine Servicestation für Sport- und Freizeitgeräte oder ein Kleinskilift während der Dauer von bis zu sechs Monaten pro Kalenderjahr keiner Baubewilligung. Gemäss der BSIG-Weisung «Baubewilligungsfreie Bauten und Anlagen nach Art. 1b BauG»¹⁸ gelten Bauten als «klein» im Sinne dieser Bestimmung, wenn sie eine Fläche von 10 m² nicht übersteigen.

Liegt ein Bauvorhaben nach Art. 6 oder 6a BewD ausserhalb der Bauzone und ist es geeignet, die Nutzungsordnung zu beeinflussen, indem es zum Beispiel den Raum äusserlich erheblich verändert, die Erschliessung belastet oder die Umwelt beeinträchtigt, ist es baubewilligungspflichtig (Art. 7 Abs. 1 BewD).

In einer BSIG-Weisung zu «gastgewerblichen Einrichtungen in der Landwirtschaftszone»¹⁹ wird einleitend festgestellt, dass für die Bewirtung oder Beherbergung von Gästen in der Landwirtschaftszone eine Baubewilligung und/oder eine Gastgewerbebewilligung vorausgesetzt werden. Weiter kann laut der Weisung eine bestimmte Nutzung eines Grundstücks baubewilligungspflichtig sein, ohne dass es dafür eine Gastgewerbebewilligung braucht und umgekehrt. Die Fälle, in welchen keine Baubewilligung benötigt wird, sind in Ziffer 4 der Weisung geregelt. Beispiele dafür sind unter bestimmten Voraussetzungen etwa das gelegentliche Bewirten von Gästen durch Alphirtinnen und Alphirte während der Sömmerung, das gelegentliche Bewirten von Gästen durch Landwirte (z.B. 1. August-Brunches, Bure Zmorge) und Schneebars / Schneeiglus als Einrichtung im Freien am Rand von Skipisten. Schneebars sind unter anderen nur unter der Voraussetzung bewilligungsfrei, dass keine festen Einrichtungen nötig sind und der Rückbau mobiler Anlagen spätestens einen Monat nach Saisonschluss abgeschlossen ist.

c) Das Gastgewerbegesetz des Kantons Bern (GGG)²⁰ regelt die Ausübung des Gastgewerbes und die Ausstellung der gastgewerblichen Bewilligungen. Eine gastgewerbliche Betriebsbewilligung wird nach Art. 6 Abs. 1 GGG i.V.m. Art. 3 GGV²¹ für das von einem Betrieb

¹⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 1a N. 24.

¹⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 1a N.24; BGer 1C_285/2015 vom 19. November 2015 E. 3C, 1C_347/2014 vom 16. Januar 2015 E. 3.2.

¹⁶ BGer 1C_347/2014 vom 16. Januar 2015 E. 3.2.

¹⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 1a N. 24.

¹⁸ Bernische Systematische Information Gemeinden BSIG Nr. 7/725.1/1.1 «Baubewilligungsfreie Bauten und Anlagen nach Artikel 1b BauG» vom 25. April 2019, S. 11.

¹⁹ Bernische Systematische Information Gemeinden BSIG Nr. 9/935.11/1.1 «Gastgewerbliche Einrichtungen in der Landwirtschaftszone» vom 25. April 2019, Ziff. 4.

²⁰ Gastgewerbegesetz vom 11. November 1993 (GGG; BSG 935.11).

²¹ Gastgewerbeverordnung vom 13. April 1994 (GGV, BSG 935.111).

beanspruchte Grundstück erteilt und legt die Betriebsart und den Umfang des bewilligten Betriebs fest. Sofern auf einem Grundstück mehrere voneinander unabhängige Betriebe geführt werden, ist für jeden dieser Betriebe eine eigene Bewilligung erforderlich (Art. 3 Abs. 2 GGV). Die gastgewerbliche Nutzung muss aus bau- und planungsrechtlicher Sicht zulässig sein. Findet eine gastgewerbliche Umnutzung ohne bauliche Massnahmen statt, fällt dies unter die baubewilligungspflichtige Zweckänderung im Sinne von Art. 1a Abs. 2 BauG. Ein Vorhaben, welches eine Gastgewerbebewilligung sowie eine Baubewilligung erfordert, fällt unter das Koordinationsgesetz, wobei das Baubewilligungsverfahren das Leitverfahren ist.²²

Das 1982 in Kraft getretene Gastgewerbegesetz sah in seiner damaligen Fassung vor, dass für neue Betriebe sowie die wesentliche Änderung eines bestehenden Betriebs eine Zusicherung des Amtes für Fremdenverkehr benötigt wird. Die Erteilung der Bewilligung erfolgte durch den Regierungsstatthalter. Wurde von der Zusicherung des Amtes für Fremdenverkehr innert vier Jahren kein Gebrauch gemacht, erlosch diese.²³

3. Baubewilligungspflicht der mobilen Grillstelle, des Aufstellens von 25 Liegestühlen sowie die Bewirtung aus dem bestehenden Kiosk

a) Die Vorinstanz bejahte im angefochtenen Entscheid die Baubewilligungspflicht des umstrittenen Vorhabens. Der Beschwerdeführer verfüge über keine Betriebsbewilligung A für die gastgewerbliche Nutzung der Rasenfläche sowie für den bestehenden Kiosk als Ausschankraum. Mit dem beabsichtigten Vorhaben finde eine Erweiterung der gastgewerblichen Nutzung beziehungsweise eine Erweiterung der Gewerbefläche des Restaurants A. _____ ausserhalb der Bauzone statt, da die bestehende bewirtete Fläche des Restaurantbetriebs ausgedehnt werde. Daher sei auch unerheblich, ob die Anzahl der Sitzplätze auf der Restaurantterrasse reduziert werde. Zusätzlich solle das Kioskhäuschen neu als Ausschankraum für Speisen und Getränke genutzt werden, was eine Umnutzung beziehungsweise Zweckänderung in der Landwirtschaftszone darstelle, welche nicht der Nutzungszone entspreche. Es sei auszuschliessen, dass es sich um eine baubewilligungsfreie gastgewerbliche Einrichtung in der Landwirtschaftszone wie beispielsweise die gelegentliche Bewirtung von Gästen durch Alphirtinnen und Alphirte während der Sömmerungszeit, gelegentliches Bewirten von Gästen durch Landwirte, Schneebars und Schneiglus handle. Eine Ausnahmbewilligung nach Art. 24 ff. RPG sei notwendig, welche vom AGR anlässlich eines koordinierten Baubewilligungsverfahrens zu beurteilen sei. Aus Sicht des AGR erfordere das Vorhaben eine Ausnahmbewilligung nach Art. 37a RPG. Die Umbauten und Erweiterungen am Restaurantgebäude H. _____ weg X seit dem 1. Januar 1980 hätten zu einer Vergrösserung der gewerblich genutzten Fläche geführt. Das beabsichtigte Vorhaben könne verschiedene Auswirkungen auf die Umwelt haben, wie beispielsweise zusätzliche Lärmimmissionen im Sommer, allfälliges Betreten der Nachbargrundstücke durch Gäste oder Abfälle. Diese Auswirkungen müssten in einem Baubewilligungsverfahren präventiv abgeklärt werden. Es bestehe auch keine Praxis der Regierungsstatthalterin von Frutigen-Niedersimmental, die anderen Betrieben das Aufstellen von Tischen und Liegestühlen ausserhalb der bewilligten Flächen erlaubt, zumal eine gegen geltendes Recht verstossende Praxis auch nicht möglich wäre.

b) Der Beschwerdeführer bestreitet die Baubewilligungspflicht des geplanten Vorhabens bzw. macht geltend, es bestünden schon Bewilligungen. Mit der 1989 erteilten Baubewilligung sei der Betrieb eines Getränke- und Schnellimbisskioskes aus dem aufgestellten Kioskgebäude ganzjährig bewilligt und nicht auf den Betrieb einer saisonalen Schneebar limitiert. Die Gültigkeit

²² Markus Müller/Reto Feller, Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2013, S. 833 f., Rz. 88.

²³ Vgl. Art. 15 ff. GGG vom 11. Februar 1982.

der Baubewilligung J._____ mit Nebenbewilligungen sei auch von der Baupolizei der Gemeinde Adelboden bestätigt worden. Ebenso gelte die Gastgewerbebewilligung gggb M._____ für das Restaurant A._____ ganzjährig. Die Rasenfläche vor und um den Kiosk sei logischerweise bereits Bestandteil der zeitlich unbefristeten Bewilligung des Kiosks, denn ohne diese Fläche mache der Betrieb des Kiosks gar keinen Sinn. Es dürften schon heute Liegestühle auf diese Wiese gestellt werden, diese dürften aber nicht aktiv bewirtschaftet werden. Die Abgabe von Getränken und Snacks solle wie bei der Schneebar beim geplanten Vorhaben ab dem bewilligten Kiosk erfolgen.

Er argumentiert weiter, es seien keine zusätzlichen baulichen Massnahmen nötig, die gesamte Infrastruktur und die Erschliessung seien seit 1989 vorhanden. Liegestühle, Grill und Beistelltische würden keine Bauten oder Anlagen im Sinne des Baurechts darstellen. Er habe für den Betrieb einer Schneebar ausserhalb der Beschneigungszone mit Ausgabe der Snacks und Getränke aus dem Kiosk ohne Baubewilligung eine Gastgewerbebewilligung erhalten. Das aktuelle Vorhaben sei vergleichbar mit dieser baubewilligungsfreien Schneebar. Das Aufstellen von 25 Liegestühlen stelle einen wesentlich kleineren Eingriff in Raum und Natur dar, als bewilligungsfreie Sachverhalte wie beispielsweise der jährliche Aufbau von Tribünen und Festzelten anlässlich der Weltcupskirennen am Chuenisbergli. Art. 7 BewD sehe keine generelle Bewilligungspflicht für Veränderungen ausserhalb der Bauzone vor, die Pflicht gelte nur bei erheblichen Veränderungen. Eine erhebliche Veränderung liege hier nicht vor, da sich das Vorhaben auf die Sommermonate beschränke und die Liegestühle am Abend und an Schlechtwettertagen entfernt würden. Die einzige Änderung zur aktuellen Situation sei die Verlegung von 25 Sitzplätzen von der Terrasse in den Garten-/Spielplatzbereich, wo der Eingriff in Raum und Natur mit der Baubewilligung J._____ ganzjährig legalisiert worden sei. Mit der Aufgabe der Landwirtschaft auf der Parzelle Adelboden Grundbuchblatt Nr. G._____ sei diese der landwirtschaftlichen Nutzung entzogen worden und als Privatgarten nutzbar gemacht worden. Die bestehende Gartenanlage könne von den Gästen als Spielplatz benutzt werden und die Spielgeräte seien baubewilligungsfrei. Auf der Restaurantterrasse würden die 25 zusätzlichen Plätze der Liegestühle auf der Wiese reduziert. Es gebe im Vergleich zur Wintersaison keine Umnutzung oder Zweckänderung mit der Sommernutzung des Kiosks. Wenn Brätelstellen bewilligungsfrei in der Landwirtschaftszone aufgestellt werden dürften, müsse dies auch im Garten eines Restaurants der Fall sein, wenn dadurch keine Betriebserweiterung erfolge und keine baulichen Massnahmen nötig seien. Das RPG bezwecke den Schutz von Raum und Natur durch nicht ortsgebundene Eingriffe. Es sei unerheblich, ob diese Eingriffe zu gewerblichen oder privaten Zwecken erfolgen würden.

Es seien weiter keine erheblichen zusätzlichen Lärmimmissionen zu erwarten. Die Abgrenzung zum landwirtschaftlich genutzten Nachbargrundstück sei klar. Das Baubewilligungsverfahren diene sodann auch nicht dazu, nachbarrechtliche Sachverhalte durchzusetzen. Der genaue Standort der Liegestühle könne nicht definiert werden, weil sie jeweils abends wieder weggeräumt würden. Mit der Umschreibung «zwischen Terrasse und Kiosk» sei der Ort genügend definiert. Der genaue Standort sei überdies auch nicht entscheiderelevant.

Bezüglich des Eventualbegehrens bringt der Beschwerdeführer vor, es werde auf den Einbezug des Kiosks als Ausschank verzichtet, wenn die bestrittene Baubewilligungspflicht einzig mit dem Kiosk als baubewilligungspflichtiges Objekt begründet sei. Das Gastgewerbebesuch werde in diesem Fall entsprechend abgeändert und die nicht baubewilligungspflichtigen Liegestühle würden vom Restaurant aus bewirtschaftet, was längere Laufwege und die Inbetriebnahme einer grossen Infrastruktur bei Schlechtwetter zur Folge hätte.

Schlussendlich argumentiert der Beschwerdeführer, im Verfahren nach Art. 48 Abs. 2 lit. a BewD gehe es darum abzuklären, ob aufgrund der Aktenlage eine Baubewilligungspflicht bestehe oder nicht. Die Vorinstanz komme dem nicht nach, zähle mögliche Diskussionspunkte auf, obschon

diese aufgrund der Aktenlage nicht gegeben oder unerheblich seien. Im Zweifelsfalle sei nicht präventiv ein Baubewilligungsverfahren zu verfügen, da es den Zweifelsfall nicht gebe. Das Baubewilligungsverfahren sei nachteilig für den Beschwerdeführer, es verursache zusätzlichen Aufwand und Kosten und gewähre den Nachbarn Rechte, welche diesen im Gastgewerbebewilligungsverfahren nicht zustehen würden und allenfalls auf dem Zivilweg durchzusetzen wären.

c) Das Gesuch für kleine Baubewilligungen vom 17. Juli 1989 des damaligen Inhabers des Restaurant A. _____ beschreibt das Bauvorhaben wie folgt: «Aufstellen eines Getränke- und Schnellimbisskioskes als Fahrnisbau, während den Wintermonaten».²⁴ Im Schreiben der Gemeinde Adelboden an das Regierungsstatthalteramt Frutigen vom 16. Oktober 1989 wird festgehalten, der Kiosk werde nur während der Wintermonate betrieben.²⁵ Auch der Entscheid des Kantonalen Amtes für Fremdenverkehr vom 6. Dezember 1989 sowie die Stellungnahme des Lebensmittelinspektorats vom 11. November 1989 beziehen sich auf das Bauvorhaben der beabsichtigten Errichtung eines Kiosks mit Schneebar während den Wintermonaten als Fahrnisbau.²⁶ Die kleine Baubewilligung der Gemeinde Adelboden vom 14. Dezember 1989 bezieht sich auf das Aufstellen eines Getränke- und Schnellimbisskioskes beim bestehenden Gebäude Nr. I. _____ und führt als Nebenbewilligungen unter anderen die oben genannten Entscheide resp. Stellungnahmen auf.²⁷

Ausgehend von diesen Unterlagen wurde dem Vorbesitzer des Restaurants A. _____ die Bewilligung erteilt, das Kioskgebäude in den Wintermonaten am auf dem Situationsplan bezeichneten Standort aufzustellen.²⁸ Wenn der Beschwerdeführer behauptet, mit der Baubewilligung J. _____ sei der ganzjährige Betrieb eines Getränke- und Schnellimbisskioskes aus dem aufgestellten Kioskgebäude bewilligt, kann ihm nicht gefolgt werden. Mit der Baubewilligung kann die Gemeinde-Baupolizeibehörde nicht mehr bewilligen, als worum im Baugesuch ersucht wurde, also das Aufstellen des Getränke- und Schnellimbisskioskes als Fahrnisbau während den Wintermonaten, dies zum Führen eines Gastgewerbebetriebes, jedoch nicht während der Sommermonate. Auch aus dem Einwand des Beschwerdeführers, die Gemeinde Adelboden habe mit Schreiben vom 26. März 2019 die Gültigkeit der Baubewilligung J. _____ bestätigt, kann keine Bewilligung für den ganzjährigen Betrieb des Kioskes abgeleitet werden. Die Gemeinde Adelboden hat im Baupolizeiverfahren geprüft, ob das Aufstellen des Kioskes baubewilligt ist und dies nach Überprüfung der Aktenlage bestätigt. Das Aufstellen des Gebäudes sagt aber noch nichts über die Zulässigkeit der gastgewerblichen Nutzung der Wiese und der Ausgabe von Getränken und Imbissen während der Sommermonate aus.

Auch aus den aktuell geltenden Gastgewerbebewilligungen des Beschwerdeführers kann keine bewilligte Nutzung des Kioskes und der Wiese vor der Terrasse während der Sommermonate abgeleitet werden. Die Betriebsbewilligung A gggg M. _____ bewilligt den ganzjährigen Betrieb des Restaurants A. _____ mit zwei Ausschankräumen im Innern und einem Ausschank im Freien auf der Terrasse. Diese Bewilligung beinhaltet kein Aufstellen von Liegestühlen oder anderen Sitzgelegenheiten ausserhalb des Restaurants und der Terrasse. Es ist nicht ersichtlich, woraus der Beschwerdeführer die Bewilligung des Aufstellens von Liegestühlen, welche aber nicht aktiv bewirtschaftet werden dürften, ableiten will. Die Betriebsbewilligung A gggg N. _____ bezieht sich auf eine Schneebar im Freien, ausserhalb der Beschneigungsfläche, angrenzend an die Terrasse, aber beschränkt auf die Monate Dezember bis April während des Sesselbahnbetriebs. Die vom Beschwerdeführer ebenfalls erwähnte Betriebsbewilligung gggg

²⁴ Vorakten eBau 2021-5587 / 71996, pag. 020.

²⁵ Vorakten eBau 2021-5587 / 71996, pag. 024.

²⁶ Vorakten eBau 2021-5587 / 71996, pag. 014, 017 f.

²⁷ Vorakten eBau 2021-5587 / 71996, pag. 013.

²⁸ Vorakten eBau 2021-5587 / 71996, pag. 027.

O. _____ vom 13. November 2007 führt zusätzlich eine Aussenbar im Ganzjahresbetrieb auf²⁹. Die erwähnte Aussenbar ist der Bar-Pavillon, welcher auf dem heute abparzellierten Grundstück Adelboden Gbbl. Nr. K. _____ steht und von der Schwester des Beschwerdeführers betrieben wird, und nicht wie vom Beschwerdeführer behauptet, die Schneebar mit Bewirtung aus dem Kioskhäuschen. Der Pavillon wurde mit Gesamtbauentscheid vom 7. April 2004³⁰ bewilligt. Die Betriebsbewilligung gggg O. _____ vom 13. November 2007 referenziert auf «Bis max. 50 Plätze / siehe Auflagen GVB v. 10.12.2003». Diese Auflagen der GVB beziehen sich auf das Bauvorhaben «Aufstellen Schirmbar»³¹, was sich mit dem Gesamtbauentscheid vom 7. April 2004 deckt, bei welchem eine Schirmbar mit Markisen in weinrot und weissbeige bewilligt wird und nicht etwa das Kioskhäuschen im Chalet-Stil. Dass das Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental in seiner Stellungnahme vom 2. November 2021 im letzten Abschnitt der Ziffer 4 schreibt, dass es sich bei der erwähnten Aussenbar um das Kioskhäuschen mit Schneebar handelte, ist in den Augen des Rechtsamts ein Versehen, vielmehr sollte dort stehen, dass es sich eben nicht um das Kioskhäuschen mit Schneebar handelte. Die Betriebsbewilligung für das Restaurant A. _____ wurde nach der Abparzellierung des Grundstücks Adelboden Gbbl. Nr. L. _____ dann auch angepasst und mit dem Zusatz «neu: ohne Schneebar (sep. Betrieb)» ergänzt und unter dem Punkt «Ausschankräume» ist die Aussenbar nicht mehr aufgeführt³². Der Begriff «Aussenbar» wurde jeweils nur im Zusammenhang mit der Schirmbar genannt und nicht mit der Schneebar.

Zudem schreibt der Beschwerdeführer in seinem Gesuch vom 12. April 2021 selbst, dass die Bewirtung der Terrasse und des Gartens über den Kiosk neu sei, da der Kiosk bisher nicht Bestandteil der bestehenden Bewilligung sei.³³

Daraus folgt, dass der Beschwerdeführer aktuell über keine Bewilligung für die gastgewerbliche Nutzung der Rasenfläche sowie für den bestehenden Kiosk als Ausschankraum für die Sommermonate verfügt.

d) Die Parzelle Adelboden Grundbuchblatt Nr. G. _____ liegt in der Landwirtschaftszone. Das Betreiben eines Gastgewerbes in der Landwirtschaftszone stellt eine zonenfremde Nutzung dar. Bei der Beurteilung der Frage der Baubewilligungspflicht sind sodann auch hauptsächlich die Folgen des Gastgewerbebetriebs zu berücksichtigen und weniger die konstruktive Baute des Kioskes und die geografische Anordnung der geplanten Liegestühle, Beistelltische und des Grills.

Durch das Aufstellen von Liegestühlen, Beistelltischen und des Grills auf der Grünfläche vor der Restaurantterrasse wird die gewerblich genutzte Fläche vergrössert. Zudem ist zu erwarten, dass Gäste mehr Platz auf dem Grundstück beanspruchen. Durch die beabsichtigte Nutzung des Kioskes als Ausgabestelle für Getränke und Snacks ist ebenfalls eine höhere Bewegung der Gäste auf dem Grundstück zu erwarten. Daran ändern auch die Reduktion der Anzahl Sitzplätze auf der Restaurantterrasse und das allabendliche Wegräumen der Liegestühle, der Beistelltische und des Grills nichts. Auch wenn der Kiosk aktuell im Winter bereits als Ausschank für eine Schneebar dient, führt die zusätzlich beabsichtigte Nutzung in den Sommermonaten zu einer Mehrbelastung der Fläche, welche auch mit zusätzlichen Emissionen verbunden ist. Die Nutzung ist auf jeden Fall intensiver als bisher, weshalb gemäss Lehre und Rechtsprechung von einer Baubewilligungspflicht auszugehen ist, da ein öffentliches und nachbarliches Interesse an

²⁹ Vgl. Beilage 4 zur Beschwerde des Beschwerdeführers.

³⁰ Vgl. Beilage zur Stellungnahme des Regierungsstatthalteramtes Frutigen-Niedersimmental vom 2. November 2021 im Verfahren 120 2021 75.

³¹ Vgl. Beilage zur Stellungnahme des Regierungsstatthalteramtes Frutigen-Niedersimmental vom 2. November 2021 im Verfahren 120 2021 75, Brandschutzaufgaben GVB Nr. RS 4277/03.

³² Vorakten eBau 2021-5587 / 71996, pag. 006.

³³ Vorakten eBau 2021-5587 / 71996, pag. 002.

vorgängiger Kontrolle besteht. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers sind für die Beurteilung der Frage, ob die räumlichen Folgen eines Vorhabens wichtig genug sind, um eine Baubewilligung zu benötigen, nicht nur die öffentlichen Interessen heranzuziehen. Es ist ebenso zu beurteilen, ob wichtige nachbarliche Interessen eine vorgängige Kontrolle durch ein Baubewilligungsverfahren erfordern.³⁴

Die BSIG-Weisung 9/935.11/1.1 ist vorliegend nicht anwendbar, da diese sich explizit auf Landwirtschaftsbetriebe bezieht, welche im Sommer ab und zu Gäste bewirten oder im Winter neben der Piste eine Schneebar ohne feste Einrichtung betreiben. Dies ist vorliegend nicht der Fall, da der Betrieb des Beschwerdeführers kein landwirtschaftlicher Betrieb ist und die regelmässige Bewirtung von Gästen bezweckt. Es handelt sich beim geplanten Vorhaben auch nicht um eine Schneebar, sondern um einen Sommerbetrieb mit – wenn auch bestehenden – festen Einrichtungen. Die BSIG-Weisung 9/935.11/1.1 bezieht sich explizit auf einige wenige Ausnahmen und beabsichtigt nicht die generelle Aufhebung der Baubewilligungspflicht für saisonale Gastgewerbebetriebe in der Landwirtschaftszone.

Im Gastgewerbeverfahren wird die Ausübung des Gastgewerbes und die Erfüllung der Kriterien für die Erteilung einer Gastgewerbebewilligung überprüft. Es besteht kein Raum für die Prüfung baupolizeilicher Fragen.

Ob die öffentlichen und nachbarlichen Interessen dann wirklich berührt sind und ob ein Vorhaben trotzdem realisiert werden kann, ist im Baubewilligungsverfahren zu beurteilen. Nur wenn bei einer Nutzungsänderung der Zweck der in der fraglichen Zone zugelassenen Nutzung entspricht und sich die Änderungen hinsichtlich der Auswirkungen auf Umwelt, Erschliessung, Planung etc. als ausgesprochen geringfügig erweist und die Brandsicherheit nicht betroffen ist, ist die Nutzungsänderung nicht baubewilligungspflichtig.³⁵ Kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass sich die Auswirkungen der Änderungen als ausgesprochen geringfügig erweisen, muss dies in einem Baubewilligungsverfahren überprüft werden. Wie bereits ausgeführt, sind durch den Ausschank aus dem Kiosk für den Konsum auf der Terrasse mehr Bewegung von Personen auf dem Grundstück zu erwarten. Weitere Auswirkungen wie beispielsweise den Umgang mit Abfall, Abgrenzung zum Nachbargrundstück etc. müssen hinsichtlich ihrer Eignung überprüft werden. Dies ist im gastgewerblichen Verfahren nicht möglich und auch nicht im vorliegenden Verfahren, wo es nur um die Frage geht, ob eine Baubewilligungsverfahren durchgeführt werden muss und keine materiellen Fragen geprüft werden.

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers darf demnach beim skizzierten Vorhaben nicht von der Baubewilligungsfreiheit ausgegangen werden. Vielmehr sind die Auswirkungen des Vorhabens auf die Nutzungsordnung in einer Präventivkontrolle im Baubewilligungsverfahren zu prüfen, da nicht von vornherein offensichtlich ist, dass keine Auswirkungen zu erwarten sind. Die Vorinstanz ging zu Recht von der Baubewilligungspflicht aus.

4. Ergebnis, Beweismittel, Kosten

a) Insgesamt untersteht das Aufstellen von 25 Liegestühlen mit Beistelltischchen und einer mobilen Grillstelle auf der Grünfläche zwischen Kiosk und Restaurantterrasse sowie die Bewirtung der Grünfläche aus dem Kiosk der Baubewilligungspflicht. Der Entscheid des Regierungsstatthalteramts ist in Abweisung der Beschwerde zu bestätigen.

³⁴ BGE 114 Ib 81 E. 3; BGE 114 Ib 312 E. 2a; BGE 120 Ib 379 E. 3c; BGE 139 II 134 E. 5.2.

³⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 1a N. 24.

b) Die massgeblichen Sachverhaltselemente konnten anhand der zur Verfügung stehenden Akten überprüft bzw. festgestellt werden. Auf die vom Beschwerdeführer beantragte Edition weiterer Akten konnte daher verzichtet werden, da von diesen Unterlagen keine relevanten Erkenntnisse zu erwarten waren. Diese sogenannte antizipierte Beweiswürdigung verletzt den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht.³⁶

c) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt der Beschwerdeführer. Er hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG³⁷). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von CHF 1000.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV³⁸). Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Verfügung des Regierungsstatthalteramtes Frutigen-Niedersimmental vom 1. September 2021 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von CHF 1000.– werden dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn Fürsprecher D._____, eingeschrieben
- Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental, per Mail
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Adelboden, Bauverwaltung, eingeschrieben
- Amt für Gemeinden und Raumordnung, per Mail

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

³⁶ BVR 2012 S. 252 E. 3.3.3 mit Hinweisen.

³⁷ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

³⁸ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

Dieser Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in vier Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; der angefochtene Entscheid und andere greifbare Beweismittel sind beizulegen.